

Il processo normativo nel settore dell'energia elettrica

di Marco D'Orta

Introduzione

La legislazione italiana in materia di controllo e presenza dello Stato nelle attività economiche di interesse generale è stata contrassegnata negli ultimi anni da significative innovazioni di carattere sia sostanziale che ordinamentale.

Per quanto concerne in particolare la regolamentazione delle attività connesse al settore energetico, e soprattutto quelle di produzione ed erogazione dell'energia elettrica, almeno tre sono i punti salienti di tale processo normativo: la parziale liberalizzazione di tali attività disposta dalla legge n. 9 del 1991, di attuazione del Piano energetico nazionale; l'introduzione nell'ordinamento nazionale di una specifica disciplina della concorrenza tra le imprese di cui è garante un'apposita Autorità indipendente (legge n.287 del 1990, "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", istitutiva appunto dell'Autorità *antitrust*), nella misura in cui a tale disciplina sono sottratte proprio le imprese esercenti servizi di interesse generale; la privatizzazione, o meglio la trasformazione in soggetti giuridici di diritto privato di una serie di enti pubblici economici preposti allo svolgimento di attività di produzione di beni o prestazione di servizi di interesse pubblico in regime di tendenziale monopolio (articolo 15 del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito con modificazioni dalla legge n. 359 del 1992, nella parte relativa alla trasformazione dell'ente pubblico preposto all'erogazione dell'energia elettrica in società per azioni). A tali interventi normativi dovrà essere aggiunto quanto prima quello istitutivo di un'Autorità indipendente preposta alla regolamentazione del servizio, prefigurato – in forma di delega legislativa – dalla legge n. 537 del 1993 e – come condizione per la dismissione delle partecipazioni azionarie dello Stato – dal decreto legge n. 332 del 1994, convertito con modificazioni dalla legge n. 474 del 1994.

Tali provvedimenti nascono ovviamente con proprie motivazioni e finalità, ma costituiscono, nel loro intreccio, un caso di disposizioni che reciproca-

mente si integrano e reinterpretano, ricongiungendosi al comune risultato di una ridefinizione dei profili ordinamentali in materia. Il presente scritto ricostruisce questa vicenda legislativa per fornire alcuni elementi di valutazione.

1. *La disciplina originaria del monopolio ENEL*

Per un inquadramento generale del tema è sufficiente ricordare che l'Ente nazionale per l'energia elettrica (ENEL) viene istituito con la legge 6 dicembre 1962, n. 1643, per "esercitare nel territorio nazionale le attività di produzione, importazione ed esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica da qualsiasi fonte prodotta". Presupposto della norma citata è l'articolo 43 della Costituzione, il quale consente che, a fini di utilità generale, la legge possa riservare originariamente o trasferire mediante espropriazione e salvo indennizzo allo Stato e a enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie d'imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.

Due sono i profili della legge sull'ENEL che rilevano in questa sede: *a)* l'attribuzione all'Ente della personalità giuridica di diritto pubblico; *b)* l'affidamento in via esclusiva di un servizio pubblico essenziale, giacché l'Ente è preposto alla utilizzazione coordinata ed al potenziamento degli impianti, allo scopo di assicurare con minimi costi una disponibilità di energia elettrica adeguata per quantità e prezzo all'esigenza di un equilibrato sviluppo economico del paese. Tanto che, per effetto della riserva, la legge dispone il trasferimento coattivo della proprietà delle imprese che esercitavano attività elettriche in favore dell'ENEL, ad eccezione di alcune categorie – imprese cosiddette autoproduttrici, imprese gestite dagli enti locali; imprese elettriche minori di produzione e distribuzione – tutte eccezioni che peraltro non incidono significativamente sull'assetto sostanzialmente monopolistico della disciplina.

2. *La legge antitrust*

L'impianto normativo del monopolio ENEL registra in alcune leggi dei primi anni '90 alcuni momenti di "criticità". Dapprima esso sembra essere sostanzialmente salvaguardato nelle disposizioni del titolo primo della legge

10 ottobre 1990, n. 287, sulla tutela della concorrenza e del mercato. La legge, che si pone in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto d'iniziativa economica (art. 1, c. 1), e deve essere interpretata in base ai principi espressi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza (art. 1, c. 4) ⁽¹⁾, si applica alle intese, agli abusi di posizione dominante ed alle concentrazioni d'impresе; peraltro l'articolo 8, "Imprese pubbliche ed in monopolio legale", se da una parte precisa che le disposizioni contenute nei precedenti articoli "si applicano sia alle imprese private che a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale", d'altro lato esclude tale applicabilità per le "impresе che, per disposizione di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati" ⁽²⁾.

Pertanto, poiché l'ENEL si qualifica come un'impresa che esercita la gestione di un pubblico servizio, esso beneficia dell'esenzione che l'articolo 8, comma 2, riserva alle imprese incaricate di servizi di interesse economico generale. Inoltre questo ente agisce sul mercato in regime di monopolio legale e pertanto, ha diritto di avvalersi, anche sotto questo profilo, dell'esonero di cui al comma 2 dell'articolo 8 della legge n. 287 ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Nell'ambito del Trattato CEE si ricordano in particolare: l'art. 85: "Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra le imprese, tutte le decisioni di associazione d'impresе e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune (...)"; l'art. 86: "è incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misure in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo (...)"; l'art. 89: "(...) la Commissione, fin dall'entrata in funzione, vigila perché siano applicati i principi fissati dagli articoli 85 e 86. Essa istruisce, a richiesta di uno Stato membro o d'ufficio, e in collegamento con le Autorità competenti degli Stati membri che le prestano la loro assistenza, i casi di presunta infrazione ai principi suddetti. Qualora essa constati l'esistenza di una infrazione, propone i mezzi atti a porvi termine (...)"; l'art. 90: "gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente Trattato (...)".

⁽²⁾ Quest'ultima disposizione della legge nazionale trova il suo corrispettivo nel Trattato CEE all'art. 90, comma 2: "Le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato e, in particolare, alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata".

⁽³⁾ Sulla necessità di un'interpretazione restrittiva di tale esclusione, si ricorda l'ordinanza della Corte d'appello di Milano del 15 luglio 1992, per la quale un'impresa incaricata di esercitare, in regime di monopolio legale, un servizio di interesse generale, è perciò stesso, in situazione di posizione dominante sul mercato concernente quel servizio, non sussistendo incompatibilità logica, ma anzi reciproca compenetrazione, tra il concetto di monopolio legale e quello di impresa in posizione dominante, tanto che (come nel caso di specie) il rifiuto di contrarre con un potenziale utente costituirebbe abuso di posizione dominante.

3. La legge n. 9 del 1991

Un altro significativo intervento è quello dai provvedimenti che danno attuazione al Piano energetico nazionale 1988-1992. In particolare, l'articolo 20 della legge 9 gennaio 1991, n. 9, consente alle imprese "autoproduttrici" la produzione di energia elettrica non solo per uso proprio, ma anche per la cessione all'ENEL, e in caso di imprese costituite in forma societaria, per uso delle società controllate o della società controllante; il Ministero dell'industria autorizza l'autoproduzione di energia elettrica da parte dei soggetti di cui sopra, tenendo conto della compatibilità con le finalità di interesse generale proprie del servizio pubblico e della corrispondenza ad esigenze di natura economico-produttiva del collegamento tra le varie società. La norma si occupa altresì della destinazione dell'energia prodotta, imponendo la cessione all'ENEL dell'energia eccedente la quota consumata dal produttore, rimandando al riguardo ad apposite convenzioni tra i medesimi.

Tali nuove disposizioni, peraltro, non incidono in maniera decisiva sulla posizione monopolistica dell'ENEL: circa la produzione di energia elettrica per la cessione all'ENEL, il soggetto che assume una tale iniziativa imprenditoriale non mira a proporsi sul mercato in concorrenza con l'ENEL; al contrario, la sua attività resta confinata nell'orbita produttiva di quest'ultimo. Con riguardo poi alla più estesa facoltà di autoproduzione, essa è senza ripercussioni sulla posizione monopolistica dell'Ente se non per il fatto che l'impresa autoproduttrice non compare sul mercato fra i richiedenti il bene o il servizio.

Comunque, è sul versante della attività di distribuzione dell'energia elettrica che il monopolio dell'ENEL appare difficilmente scalfibile: si tratta di una condizione di monopolio "naturale", connessa cioè alla natura tecnico-economica dei beni e dell'attività in oggetto (la rete di distribuzione diffusa sul territorio nazionale), come tale difficilmente assoggettabile ad azioni degli organi comunitari o nazionali dirette alla eliminazione di tale aspetto del monopolio (4).

(4) È da osservare che, secondo la *Segnalazione* dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di *Privatizzazione dell'ENEL s.p.a.* (30 giugno 1994), tale monopolio naturale non legittimerebbe un'assoluta presclusione delle opportunità di ingresso di nuovi soggetti, in quanto il rischio di antieconomiche duplicazioni delle infrastrutture risulterebbe limitato dalla entità e non recuperabilità degli investimenti necessari (ciò che peraltro confermerebbe, *de facto*, la sussistenza del monopolio).

4. La trasformazione dell'ENEL in s.p.a.

Con il decreto legge 11 luglio 1992 n. 333, "Misure urgenti per la finanza pubblica" (convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 1992 n. 359) l'ENEL, assieme all'IRI, all'ENI ed all'INA, è trasformato, con effetto dall'entrata in vigore del decreto, in società per azioni attribuite al Ministero del tesoro (art. 15).

Peraltro la trasformazione dell'ENEL in società per azioni non fa venire meno le sue prerogative di soggetto esercente un servizio pubblico in posizione monopolistica. La gestione delle attività elettriche passa da un ente pubblico di tipo imprenditoriale ad una società per azioni a capitale pubblico; ma questo cambiamento non intacca la natura di servizio pubblico delle attività elettriche esercitate dall'ENEL, soprattutto alla luce dell'articolo 14, che dispone che tutte le attività attribuite o riservate dalla legge, ed in particolare i diritti minerari, e le attività affidate in concessione, restano attribuite a titolo di concessione ai medesimi soggetti titolari. Nel caso si tratti di attività già disciplinate da atti di concessione ancora in vigore, l'articolo 14 dispone la proroga delle stesse per la durata massima prevista dalla legge e per un periodo comunque non inferiore a 20 anni, con decorrenza dall'entrata in vigore del decreto. Negli altri casi le attività saranno attribuite con specifici provvedimenti di concessione da emanarsi dalle competenti autorità. La disciplina del rapporto concessorio, che sarà dettata nell'ambito di un'apposita convenzione (attualmente ancora in fase di predisposizione), sarà conforme alle disposizioni di legge, ove presenti, ed in mancanza, ai principi generali vigenti in materia.

Successivamente, anche nel *Programma di riordino* degli enti trasformati, predisposto dal Ministro del tesoro e presentato dal Presidente del Consiglio alle Camere nel novembre 1992 ai sensi di quanto previsto dallo stesso d.l. 333 del 92, viene ribadito che le attività riservate all'ENEL S.p.a. e le funzioni pubbliche esercitate dalla Società sono le stesse – produzione, importazione, esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica, potere di direttiva ad enti ed imprese in materie attinenti la gestione degli impianti, rilascio delle concessioni di esercizio di attività elettriche agli enti locali – attribuite all'ENEL ai sensi della legge n. 1643 e del d.p.r. n. 342 del 1965.

In tale contesto può essere menzionata anche la particolare vicenda giurisprudenziale vertente sul conflitto di attribuzioni insorto tra Governo e Corte dei conti in merito al potere di controllo della Corte medesima sulle società

derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici, potere non più riconosciuto dal Governo proprio alla luce della trasformazione in s.p.a.: con sentenza n. 466 del 1993, la Corte costituzionale ha precisato che la nuova connotazione della personalità giuridica di tali soggetti non comporta il venir meno del controllo nei limiti e nelle forme in precedenza applicati e fino a quando permanga una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato al capitale azionario di tali società.

5. Problemi di assetto legislativo: ristrutturazione dell'ENEL e istituzione di un'autorità di regolamentazione

Se dunque nessuno dei sopra illustrati interventi legislativi, singolarmente considerati, sembra aver intaccato l'impianto monopolistico preesistente, la trasformazione della personalità giuridica dell'ENEL apre nuove problematiche di tecnica legislativa, in quanto comporta l'adozione di un complesso di misure a livello normativo, amministrativo e societario proprie di un "mercato" ⁽⁵⁾, volte a obiettivi di diversa natura: da un lato, realizzare gli scopi tipici di un operatore economico di diritto privato; dall'altro, garantire l'interesse – generale e dei singoli utenti – ad un servizio pubblico efficiente e rispettoso dei diritti di accesso al servizio medesimo. È dunque su questi punti che si snoda la ridefinizione normativa delle attività di prestazione del servizio energetico, ed alla luce di questi andranno reinterpretati sia i precedenti sia i successivi interventi legislativi in materia.

Sulle modalità e i tempi di privatizzazione, o meglio di immissione sul mercato delle azioni dell'ENEL s.p.a., e sulla connessa strutturazione societaria e produttiva, sono state infatti configurate varie soluzioni ed in particolare: 1) sostanziale passaggio dal monopolio pubblico al monopolio privato, lasciando quindi inalterati i presupposti dell'attuale concessione *ex* d.l. 333 del 1992; 2) smembramento dell'ENEL mediante una suddivisione "verticale", ossia in base alle fasi produttive, ed "orizzontale", cioè ripartendo ogni fase tra più società; 3) divisione dell'ENEL in senso solo "verticale": verrebbero cioè creati immediatamente i presupposti normativi e societari per realizzare forme di concorrenza nella produzione, e in parte nella distribuzione.

Ma qualunque sia l'opzione effettivamente adottata, la posizione di più o meno accentuato dominio dei soggetti "di derivazione ENEL" richiederebbe

⁽⁵⁾ Anche se dal punto di vista concorrenziale si tratta di un mercato ancora "virtuale".

l'adozione di puntuali garanzie affinché, nello svolgimento dell'attività economica di fornitura dell'energia in regime privatistico, non venga pretermesso l'interesse generale che era a fondamento del preesistente assetto normativo. Parte da tale presupposto l'ipotesi della costituzione di un'Autorità di regolamentazione, che, venuti meno i poteri autoritativi e le garanzie a ciò connesse propri dell'Ente pubblico ENEL, svolga funzioni analoghe a quelle svolte, in particolare, dalle *authorities* britanniche (6), organi preposti alla valutazione delle condizioni generali di contratto, alla vigilanza sulla regolarità, efficienza ed economicità dei servizi pubblici nonché alla tutela dei diritti degli utenti, anche attraverso poteri sanzionatori nei confronti dell'esercente il servizio.

Pochi mesi dopo la trasformazione in s.p.a. delle imprese esercenti servizi pubblici, il Parlamento affronta pertanto la questione dell'istituzione di un nuovo soggetto preposto alla vigilanza ed alla regolazione delle loro attività. Le commissioni riunite Trasporti e Attività produttive della Camera esaminano il disegno di legge di iniziativa governativa n. 2579, "Delega per l'istituzione di agenzie per i servizi pubblici", e la proposta di legge Strada ed altri n. 2258, "Norme per la regolazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di interesse pubblico a tutela degli interessi e dei diritti degli utenti" (7): entrambi i testi, pur con significative differenze, prevedono la costituzione di soggetti indipendenti sul modello di quelli di tradizione anglosassone sopra citati.

I progetti di legge non giungono ad approvazione, ma quasi contemporaneamente le Camere esaminano il disegno di legge collegato alla manovra finanziaria per il 1994, "Interventi correttivi di finanza pubblica" (legge 24 dicembre 1993, n. 537). In tale provvedimento si delega (art. 1) il Governo a emanare, entro nove mesi dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più

(6) Dopo la privatizzazione del servizio energetico avvenuta nel Regno Unito nel corso degli anni '80 la regolamentazione del sistema è affidata dall'*Electricity Act* al DGES (Direttore generale dell'Electricity Supply) ed all'Offer (Office of Electricity Regulation), che dipende dal DGES. Obiettivi di tali organismi sono: promozione della concorrenza nella produzione e nella fornitura di energia elettrica; protezione degli interessi dei consumatori; promozione dell'efficienza e della minimizzazione dei costi di trasmissione e fornitura, nonché dell'efficienza nell'uso dell'energia elettrica; promozione della ricerca e sviluppo nel settore; protezione della salute e della sicurezza degli utenti e degli addetti al servizio. Il Regolatore assume in sostanza l'obbligo di fornire a tutti i richiedenti l'energia elettrica, obbligo che non grava quindi sul soggetto industriale, laddove nei tradizionali monopoli regolamentati sussiste l'obbligo a fronte di un riconoscimento in tariffa dei costi e di un equo tasso di profitto.

(7) Già nella risoluzione approvata dall'Assemblea sul Documento di programmazione il 29 luglio 1993 la Camera impegnava il Governo a definire l'assetto giuridico, i livelli tariffari e gli standard di qualità dei servizi "anche attraverso l'istituzione di agenzie per i servizi pubblici".

decreti legislativi diretti tra l'altro a *“istituire organismi indipendenti per la regolazione dei servizi di rilevante interesse pubblico e prevedere la possibilità di attribuire funzioni omogenee a nuove persone giuridiche”*. Nell'emanazione dei decreti legislativi il Governo deve attenersi, tra gli altri principi e criteri direttivi, in particolare all'*“attribuzione agli organismi indipendenti di funzioni di regolazione dei servizi di rilevante interesse pubblico anche mediante il trasferimento agli stessi di funzioni attualmente esercitate da ministeri o altri enti, nonché di risoluzione dei conflitti tra soggetto erogatore del servizio e utente, fatto salvo il ricorso all'autorità giudiziaria”*. Entro duecentodieci giorni dalla data di entrata in vigore della legge, dunque entro il 30 luglio 1994, il Governo avrebbe dovuto trasmettere alle Camere gli schemi dei decreti legislativi e dei regolamenti al fine dell'espressione del parere da parte delle commissioni competenti, ed ulteriori disposizioni correttive nell'ambito dei decreti legislativi potevano essere emanate fino al 31 dicembre 1994. Proprio alla luce dell'infruttuoso decorso di tali termini l'articolo 1, comma 1, del disegno di legge di iniziativa governativa n. 777, all'esame del Senato, differisce la data ultima per l'adozione del decreto legislativo istitutivo degli organismi indipendenti di regolazione dei servizi pubblici al 31 dicembre 1995.

Ulteriore passaggio di tale sequenza normativa è da ultimo l'articolo 1-*bis* del d.l. n. 332 del 1994 (*“Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni”*), convertito con modificazioni dalla legge n. 474 del 1994. La norma dispone che le dismissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici nelle società operanti nei settori della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi sono subordinate alla creazione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico. In altri termini la norma preclude la possibilità di avviare le cessioni di azioni prima della *“creazione”* (termine che non è chiaro se debba essere riferito alla *“previsione normativa”* o alla *“effettiva operatività”*) dell'organismo.

Infine, nella corrente legislatura sono numerosi gli elementi che prefigurano una imminente soluzione normativa: mentre nella legge finanziaria per il 1995 (legge n. 724 del 1994) viene posto uno stanziamento per la *“costituzione dell'Autorità per i servizi energetici”*, il Senato esamina una proposta di legge di iniziativa parlamentare (Cavazzuti ed altri n. 359, *“Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione dell'Agenzia di regolazione dei servizi di pubblica utilità”*). In tale testo vengono definite le (tre) aree operative in cui dovrà strutturarsi l'Agenzia (servizi di posta

e telecomunicazioni; servizi trasporto, servizi di energia ed acqua) e si dispone un'ampia delega al Governo concernente l'intera disciplina dei poteri, delle funzioni e dell'attività di tale organo, cui vengono riconosciute forme di autonomia ed indipendenza analoghe a quelle dell'Autorità *antitrust*. La norma di delega prevede che debba essere attribuito all'istituenda Agenzia il compito di determinare i servizi da assoggettare a concessione e di fissare in via analitica i contenuti dei singoli atti di concessione e di autorizzazione all'esercizio ed alla gestione dei servizi pubblici, anche al fine di garantire condizioni di accesso e di eguaglianza degli utenti, continuità nell'erogazione dei servizi nel rispetto dell'ambiente e sicurezza degli impianti. Si dovrà inoltre ridefinire entro la fine del 1995 il regime delle concessioni dei servizi pubblici, i cui contenuti dovranno essere determinati dalla istituenda Agenzia.

Ma ciò che va rimarcato è che il testo dispone una modifica all'articolo 8, comma 2, della legge *antitrust*, fissando la generale competenza dell'Autorità garante anche per le imprese che gestiscono settori di pubblica utilità, ad eccezione degli aspetti espressamente regolamentati dalla istituenda Agenzia. Si realizza dunque il legame tra i due soggetti indipendenti in maniera atta a disciplinare tutta la gamma delle funzioni ed attività svolte dalla o dalle imprese esercenti il servizio energetico.

Quest'ultima soluzione, o altre che comunque sancissero una complementarità di funzioni tra Autorità *antitrust* e soggetto regolatore del servizio, è destinata a creare una "rete" di garanzie e forme di tutela per tutti coloro che – o in quanto utenti o in quanto concorrenti (potenziali o effettivi) o in quanto soggetti pubblici responsabili della politica di settore – contribuiscono all'individuazione di quell'"interesse pubblico" che l'articolo 43 della Costituzione pone a fondamento dell'autorizzazione alla monopolizzazione in mano pubblica di determinate attività economiche, e che la trasformazione della personalità giuridica del soggetto esercente il servizio non ha certo fatto venir meno. Si evidenzia dunque come una opzione normativa di liberalizzazione e privatizzazione di determinate attività economiche non comporta di per sé una semplificazione del quadro di riferimento degli interessi e delle garanzie preesistenti, ma dà anzi avvio ad un processo di "trasferimento" di questi in altri contesti ed istituti normativi e ad un arricchimento del sistema di obiettivi perseguiti e di strumenti utilizzati.